

# 소멸시효에 관한 역사적 고찰

— Savigny의 견해를 중심으로 —

金榮喜\*

## 목 차

- I. 서론
- II. 소멸시효제도의 의의와 취지
- III. 로마법상 시효에서 독일민법상 소멸시효까지
- IV. 결론

## [국문요약]

로마의 법학자들은 시간이 경과된다고 해서 권리가 생겨나거나 사라진다고 생각하지 않았다. 그렇기 때문에 로마시민법상 소권은 영구소권으로 구성되었다. 이에 비해 법무관법상 소권은 시간의 제한을 받는 것으로 구성되었다. 법무관법상 소권은 원래 법무관이 상황에 따라 개별적으로 부여하던 것이었기 때문이다. 이후 소권의 행사가 시간적으로 제한될 수 있다는 사고가 수 세기에 걸쳐 조금씩 확대되었는데, 기원후 5세기경에 이르러서는 로마시민법상 소권도 시간적 제한을 받는 것으로 되었다. 오늘날 법학자들은 소권의 시간적 제한을 소멸시효 제도의 기원과 연결시키고 있다. 그러나 소멸시효의 효과에 관한 한 권리는 시간의 경과에 의해 생겨나거나 사라지는 것이 아니라는 전통적 사고의 영향이 남아 있다. 즉 소권의 행사가 지체된 경우라 하더라도 권리자체가 소멸하는 것은 아니며, 소권은 여전히 행사될 수 있다고 본다. 그러기에 인정되는 것이 상대방이 갖는 소멸시효의 항변권이다. 이와 같은 구성은 현행 독일민법에서도 고수되고 있다. 한편, 우리민법상 소멸시효제도는 독일민법을 모델로 하고 있다. 그러나 우리민법은 독일민법과는 달리 소멸시효의 효과에 대하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니하다. 전체적으로는 독일민법을 모델로 하면서도 구체적인 부분에서는 모델법과 다

\* 연세대학교 법과대학 조교수, 법학박사

른 모습을 하고 있는 것이다. 전체적인 틀에 맞추면 상대적소멸설이, 구체적 부분에 맞추면 절대적소멸설이 설득력을 가지는 탓에 해석상 대립이 있어왔다.

[주제어] 시효, 소멸시효, 시효의 완성, 시효의 항변

## I. 서론

시간의 경과를 사람들로 하여금 권리를 얻게 하기도 하고, 권리의 행사를 제한받게 하기도 하며, 때로는 권리를 잃게 만들기도 한다. 우리의 민사 실체법과 절차법은 다양한 시간 관련 제도들을 가지고 있는데 취득시효, 소멸시효, 제척기간, 실효 중 일부, 최단존속기간이나 최장존속기간, 기한, 성년, 친생자추정, 실종기간, 출소(제소)기간, 그 밖의 여러 가지 소송상 준수기간 등이 그 대표적인 예이다. 이렇듯 오늘날에는 당연하게 받아들여지고 있는 시간의 힘이 항상 당연했던 것은 아니다. 예를 들어 고로마법 시기<sup>1)</sup>에는 시간의 힘이 별 의미를 가지지 못했던 것으로 보인다.<sup>2)</sup> 엄격법인 로마시민법은 소권(권리)의 취득이나 상실을 시간의 경과와 연결시키지 않았기 때문이다. 이에 비해 일종의 형평법이라 할 법무관법에서는 한마디로 성격을 규정할 수 없는 이런 저런 시간적 요소들이 소권에 영향을 미쳤다. 로마법에서 법무관법이 차지하는 비중이 커지면서 그와 비례하여 시간의 힘에 대한 인식이 높아졌고, 그 결과 시효는 논의의 가치가 있는 주제로 되었다. 이 시효논의 안에는 오늘날의 취득시효와 소멸시효가 모두 포함되어 있었다. 이 두 가지를 제외한 여타의 시간 관련 제도들은 시효와의 차이를 주목받지 못한 채 시효 안에 포함되어 다루어지거나, 그저 시효와 구분되어야 할 것들로 몽땅그려지는 정도에 머물렀다.<sup>3)</sup>

대표적인 시효제도가 취득시효와 소멸시효라는 사실이 말해주듯이, 시간은 법률관계에 적극적으로도 소극적으로도 작용한다. 이 글의 준비 작업은 법률관

1) 로마법사의 시대구분과 관련해서는 현승중·조규창, 『로마법』(법문사, 1996), 60쪽 이하를 참조하라.

2) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.V(1841), S.273.

3) Savigny, Bd.V, S.310.

계에 소극적으로 작용하는 시간에 대한 관심에서 시작되었다. 시간의 경과로 인해 권리를 잃게 되거나 더 이상 그 권리를 행사할 수 없게 되는 것과 관련된 법제도들이 고찰 대상이었다. 구체적으로 소멸시효제도와 그 유사제도라 할 제척기간, 그리고 실효(실권) 중에서 시간의 경과가 그 원인이 되는 경우가 포함되었다. 이 글은 그 중 가장 기본적인 제도라 할 소멸시효를 검토하는 것을 목적으로 하고 있다. 방법론적으로는 소멸시효제도의 발달 과정을 시대 순으로 따라가고 있다. 시효라는 큰 틀 아래 논해지다가 소멸시효만의 독자적 체계를 이루게 되는 과정을 따라가다 보면, 소멸시효의 본래 모습에 접근하게 될 것이다. 소멸시효에 관한 역사적 고찰은 현재 행해지고 있는 소멸시효 관련 논의들의 좌표를 점검해주는 역할을 해주리라 기대한다.

## Ⅱ. 소멸시효제도의 의의와 취지

### 1. 소멸시효제도의 의의

권리자가 자신의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 행사하지 않는 경우 그 권리를 소멸시키거나, 그 권리의 실현을 사실상 저지시키는 법제도를 소멸시효제도라고 한다.<sup>4)</sup> ‘소멸’시효라고 해서 곧바로 그 권리가 소멸한다는 것을 의미하지는 않는다. 법체계의 선택에 따라 권리가 소멸할 수도 있고, 권리가 소멸하는 것이 아니라 상대방에게 권리의 실현을 저지시킬 수 있는 시효의 항변권이 주어지는 것일 수도 있다.<sup>5)</sup>

4) 박윤직, 『민법총칙』(박영사, 2002), 317쪽; 김상용 외 공저, 『민법총칙』(법원사, 2004), 404쪽; 백태승, 『민법총칙』(법문사, 2004), 555쪽; 이영준, 『한국민법론 총칙편』(박영사, 2003), 670쪽; 이은영, 『민법총칙』(박영사, 2004), 746쪽.

5) 법문언만 놓고 본다면 전자의 예로는 일본민법을, 후자의 예로는 독일민법을 들 수 있다.

## 2. 소멸시효제도의 취지

소멸시효제도의 취지로 여러 가지가 주장되고 있다. 여기서는 그 취지 중 몇 가지에 대해 법사적 시각에서 보충하거나 수정하고자 한다.

### 1) 현재의 사실상태가 현재의 법률관계에 대한 증거역할을 하였다

권리자가 상당한 기간 동안 권리를 행사하지 않고 있다고 하여도 증인이 있고 증거가 되는 서류가 남아있는 한 권리실현의 가능성에 당장 현격한 변화가 생기는 것은 아니다. 하지만 상당히 오랜 시간이 지나면 증인은 사망할 것이고 증서는 사라지거나 믿기 어려운 것이 된다. 그러한 경우 상대적으로 믿을 만한 것이 현재상태 그 자체이다. 상당히 오랜 기간 현재의 상태가 안정적으로 지속된 이유는 현재의 상태가 진정한 법률관계에 상응하기 때문이라는 경험칙이 존중되는 것이다. ‘채무자가 지난 40년 동안 채무를 이행하지 않았지만 이제는 너무 오래되어 새삼스레 이행을 강제하기 곤란하다’가 아니라, ‘지난 40년간 아무런 다툼이 없었던 것은 비록 채무자가 자신의 채무를 이행했다는 증거를 가지고 있지는 않지만 아마도 이미 이행을 했기 때문일 것이다’라는 생각이 깔려 있는 것이다. 그러니까 애초의 시효는 오래 전에 이미 어떤 식으로든 채무를 변제했을 터이지만 변제의 증거가 없는 경우 채무의 변제를 추정해주는 역할을 했다. 시간의 경과 및 그 결과물로 남은 현재상태가 그 자체로서 법률관계에 대한 증거의 역할을 한 것이다.<sup>6)</sup> 그러나 시간의 경과라는 자연현상을 바탕으로 하는 시효제도는 법적 설득력이 적다는 취약성을 드러냈으므로<sup>7)</sup> 몇 가지 방법을 통한 보완이 필요하였다. 그 한 가지는 되도록 법률로 시효기간을 분명하게 정하여 막연한 시간의 흐름에 정식으로 법적 의미를 부여하는 것이다. 이

6) Savigny, Bd.IV, S.305; Motive I 291 = Benno Mugdan, *Die Gesammten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich*, Bd.I(1979(1899)), S.512.

7) 시효의 비윤리성에 관한 비난은 여전히 존재한다. 이러한 시각에 대해 언급한 글로 윤진수, 「소멸시효 전론」, 『민법주해』 III(박영사, 1996), 393쪽; 양창수, 「유럽계약법원칙의 소멸시효규정」, 『서울대학교 법학』 제44권 제4호(2003), 132쪽 이하를 참조하라.

는 명문의 규정을 두는 것으로 해결되었다. 다른 하나는 시효에 그 사회가 받아들일만한 적당한 수준의 법적 효과를 부여하는 것이었다. 로마사회가 애초에 가졌던 생각은, 오랜 시간이 지났다고 해서, 그래서 증인은 사망하고 증서가 사라졌다고 해서 권리가 소멸하는 것은 아니라는 것이었다. 이런 시각에서 보면 시효에 관한 의식이 막 자리 잡기 시작한 로마에서 시효의 효과로 권리가 소멸하도록, 따라서 채무가 소멸하도록 하는 것은 무모한 구성이었다. 중요한 것은 채무를 소멸시키는 것 보다, 비록 채무는 존재한다고 하더라도 실제로는 채무를 이행하지 않아도 되도록 하여 채무자를 구제하는 길을 터놓는 것이었다. 결과적으로 로마법에서 소멸시효 효과의 적당한 수준은 ‘권리자체의 존재는 인정하되, 그 권리를 가지고는 사실상 더 이상은 제소할 수 없도록 하는 것’이 되었다.<sup>8)</sup> 로마법상 권리는 소권 중심으로 이해되었으므로, 권리가 존재함에도 불구하고 제소할 수 없도록 구성하는 것은 실제적인 효과면에서 권리를 소멸시키는 것으로 구성하는 것과 별 차이 없었다. 그렇지만 이러한 구성이 현실적으로 초기부터 온전히 관철될 수 있던 것은 아니었다. 그 당시 사회에서 채권자가 될 수 있던 사람은 경제적·정치적으로 강자이기 마련이어서, 그들은 시효가 완성된 이후에도 여전히 채무를 이행할 것을 실력으로—어떻게 보면 권리자체의 존재라는 법적 구성에 힘입어—강제하기도 하였다.<sup>9)</sup>

## 2) 권리행사의 태만에 대한 제재는 소멸시효제도의 본래 취지가 아니다

로마법이 현재의 사실상태를 법률관계의 증거로 인정했던 것은 권리자를 불리하게 그리고 의무자를 유리하게 다루려고 해서가 아니었다. 앞서도 언급했듯이 상당히 오랜 기간 현재의 상태가 안정적으로 지속된 이유는 현재의 상태가

8) Savigny, Bd.V, S.366f.; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I (1971), S.480f.; Bd. II (1975), S.335.

9) 소멸시효의 완성으로 인해 채무가 자연채무로 되는 경우 채권자는 채무자를 상대로 소구하지 못했을 뿐이며 보증인을 상대로 해서는 여전히 이행을 청구할 수 있었다. 더욱이 채무자가 채권자 자신의 노예인 경우 채권자는 소멸시효가 완성된 이후라 하더라도 노예의 특유재산에서 자신의 채권액을 공제할 수 있었다. 현승중·조규창, 앞의 책(1996), 670쪽 이하.

진정한 법률관계에 상응하기 때문이라는 경험칙을 존중했기 때문이었다. 그렇지만 시효제도의 관철은 진정한 권리자에게 손해를 줄 가능성을 내포했다. 즉 ‘지난 40년간 아무런 다툼이 없었던 것은 이미 채무자가 채무를 이행하여서가 아니라, 채권자가 적극적으로 채권의 만족을 추구하지 않아서 이다’에 해당하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 시효로 인해 불리한 취급을 받을 자가 사실은 진정한 권리자이었을 수도 있으니, 이 상황을 정당화하기 위해 통상(gewöhnlich) 소극적인 의미에서 ‘태만에 대한 제재’라는 표현이 생겨났다. 소멸시효제도는 권리행사의 태만을 제재하기 위해 고안된 법제도가 아니었으나, 소멸시효제도의 사회적 정당화를 위해 일정 기간 계속되는 권리자의 부작위는 위법한 것, 가벌적인 것, 또는 적어도 손해로 되는 것으로 유인된 것이다.<sup>10)</sup>

### 3) 사회적 약자를 보호하기 위한 수단으로 이용되었다

고로마법 사료에 실려있는 것 중에서 현재까지 밝혀진 바 시효에 관한 최초의 사례는 기원전 88~85년 경 로마의 지사(Statthalter)로 일했던 Septimus Vegetus가 내린 소비대차 관련 판결이라고 한다. 이 사례에서 채권자는 40년이 지난 소비대차증을 가지고 제시했지만 기각되었다.<sup>11)</sup> 그런데 파피루스 전문 법학자인 Erwin Seidl은 이 로마 사례와 직접 연결되지 않는 한 이집트 사례를 들어—Seidl은 이집트 제도를 함부로 로마 제도와 비교할 수 없음을 신중하게 강조하고 있다—로마법상 시효도 이집트법상 시효와 마찬가지로 사회적 약자를 보호하기 위한 제도로 볼 수 있다는 취지를 내비치고 있다. 문제의 이집트법상 시효 사례와 그에 근거해 Seidl이 주장하는 바는 다음과 같다:<sup>12)</sup> 이집트 프톨레마이우스 시대<sup>13)</sup>의 한 파피루스는 소멸시효제도의 기원이 매매혼의 폐습과 관

10) Savigny, Bd. IV, S.305; Bd. V, S.375.

11) P.Flor.61 = Mitteis, Chrest II 80(Erwin Seidl, “Die Verjährung als sozialer Behelf im Rechtsbuch von Hermopolis”, SZ 91(1974), S.363에서 재인용)

12) Seidl, S.360f.

13) 이집트 프톨레마이우스 왕조는 기원전 4세기부터 로마가 이집트를 속주화한 기원전 30년 경까지 존속했다. 이 시기는 로마법사를 기준으로 할 때 고로마법기에 해당한다.

런이 있음을 보여준다. 그 당시 이집트에서는 혼인 전 딸의 부양을 받던 아버지가 딸을 혼인시키면서 사위에게 자신을 부양해줄 것을 요구하는 증서를 작성하게 하는 일이 흔했다. 그런데 혼인 후 어느 해 갑자기 장인이 그 증서를 바탕으로 가난한 사위를 상대로 ‘지체된 부양료 지급청구의 소’를 제기한다면, 이집트 법원은 지체된 부양료는 시효를 이유로 면제해 주고, 당해 분은 지체된 부양료가 아니므로 기각하였다고 한다.<sup>14)</sup> 오늘날 우리가 가지는 시효법리로는 이집트 법원이 지난 해 분의 부양료 청구를 시효를 이유로 기각한 것을 이해하기 힘들다. 바로 지난 해와 어느 정도 시간의 경과를 전제하는 시효와는 어울리지 않기 때문이다. 이와 관련하여 Seidl은 이집트 법원이 가난한 사위를 보호하기 위해 정책적으로 시효제도를 이용하였을 것이라고 추측한다. 그리고 로마의 Vegetus의 판결을 마찬가지로 시각에서 풀이하고 있다. 즉 소비대차 관계에서 사회적 약자라고 추정되는 채무자를 보호해주기 위해 의도적으로 시효를 동원해 채무 변제의 입증책임을 면제시켜주었다는 것이다. 그리고 이와 같은 해석에 덧붙이기를, 동일한 상황이라 하더라도 채무자가 부유한 경우에는 채무자의 시효 주장을 인정하지 않았을 것이라 한다.<sup>15)</sup>

#### 4) 독일민법 입법이유서(BGB Motive)에 드러난 소멸시효제도의 취지

청구권 소멸시효의 존재이유와 목적은 오래된 청구권을 가지고 괴롭히는 것을 제한하는 데에 있다. 사태를 불명확하게 만드는 시간의 위력으로 말미암아 청구의 상대방이 자기에게 유리한 면책사유를 성공적으로 주장하는 것이 이제는 불가능하거나 극히 힘든

14) 오늘날 독일의 민법이 위 이집트 사례의 해결 방법과 비슷한 태도를 취하고 있다는 점이 흥미롭다. 현행 독일민법 제1613조도 부양료에 관한 한 원칙적으로 현재와 장래의 것만을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 사실 그러한 규정이 없다고 하더라도 부양의무자를 보호할 방법이 있다. 부양권자가 과거의 부양료를 청구하는 경우 법원이 부양의무자의 시효의 항변을 인정해주면 된다. 그러나 가난한 사람들이 자기의 의무인 부양료 지급과 관련하여 시효의 항변을 제출하는 것을 부끄러이 여겨 항변을 제출하지 않으면 법원은 뜻은 있으나 보호를 해줄 수 없게 된다. 그러느니 차라리 명문의 법규정을 두어 부양권자로 하여금 현재와 장래의 것만을 청구할 수 있게 하는 것이 의미가 있다는 것이다. Seidl, S.362f.

15) Seidl, S.363.

상태에 놓이게 된 시점에 와서 오래 침묵된 그리고 아마도 먼 과거에 있었던 사실들이 청구의 근거로 주장된다는 것은 거래에 있어서 참을 수 없는 일이다. 이러한 종류의 청구는 대개의 경우 내부적으로는 근거 없는 것이거나 이미 해결된 것인 일이 많다. 소멸시효의 중점은 권리자의 정당한 권리를 상실시키는데 있는 것이 아니라, 의무자에게 아마 심중판구는 이유없을 청구권에 대하여 본인에 들어가지 않고 방어하는 보호수단을 주는데 있다. 소멸시효는 목적을 위한 수단인 것이지 자기목적은 아니다.<sup>16)</sup>

### Ⅲ. 로마법상 시효에서 독일민법상 소멸시효까지

#### 1. 로마법상 시효

##### 1) 시효

로마시민들에게만 적용되던 로마시민법은 상당히 엄격해서 소권(권리)의 취득이나 상실이라는 법률적 문제가 시간의 경과 같은 자연현상에 의해 좌우되는 것을 인정하지 않았다.<sup>17)</sup> 그러나 시간의 경과 는 어쩔 수 없이 법률관계를 불분명하게 만들고는 하였다. 그리하여 현재의 사실상태를 권리상태에 대한 증거로 삼아 법률관계를 안정시키려는 목적으로 시효를 인정하기 시작하였다. 초창기의 시효는 오래 전에 이미 어떤 식으로든 점유를 취득했을 터이지만 그 취득원인에 관한 증거가 없는 경우, 또는 오래 전에 이미 어떤 식으로든 채무를 변제했을 터이지만 변제의 증거가 없는 경우, 점유의 취득을 추정해주거나 채무의 변제를 추정해주는 역할을 했다. 즉 시효제도는 현재의 상태가 정당한 원인을 갖는 적법한 상태라고 추정해주는 것을 전제로 하였다. 이러한 맥락에서 지금은 별개의 제도로 준별되는 취득시효와 소멸시효를 현재상태로 안정을 추

16) Motive I 291 = Mugdan I 512(김중환, 『소멸시효론』(서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 1967), 50~51쪽에서 번역문 전체 재인용).

17) Savigny, Bd.V, S.273.



구한다는 동일한 목적을 가지는 제도로 파악할 수 있다. 취득시효에서는 현재 상태를 보호하여 현점유자가 진정한 권리자로 되고, 소멸시효에서는 현재상태를 보호하여 채무자가 채무에서 벗어나게 된다.<sup>18)</sup>

로마법상 시효라는 틀 아래 취득시효와 소멸시효가 나란히 다루어졌다는 것이<sup>19)</sup> 취득시효와 소멸시효가 비슷한 시대에 등장했다는 의미는 아니다. 로마법상 취득시효제도의 기원은 사용취득(usucapio)제도와 장기점유의 전가문(항변)(*praescriptio longi temporis*)제도에 있다고 한다. 사용취득제도는 어떤 물건을 일정한기간 다툼 없이 계속 점유한 자로 하여금 그 물건의 소유권을 취득할 수 있도록 하는 것이다. 사용취득제도는 기원전 450년경의 12표법에<sup>20)</sup> 규정되어 있으니 그 이전부터 관습법으로 존재하였을 것이다. 이 제도는 그러나 오늘날의 취득시효제도에 가까운 것이라기보다, 한편으로 정당한 권원을 가지는 취득자의 점유를 통해 취득자의 소유권을 확보시키고, 다른 한편으로 양도인의 담보책임을 소멸시키는 기능을 하는 오늘날의 선의취득제도에 가까운 것이다. 이에 비해 장기점유의 전가문(항변)<sup>21)</sup>제도는 정당한 권원을 가지고 장기간 다툼이 없이 점유하던 토지에 소유자가 나타나 반환청구를 하는 경우 점유자로 하

18) Savigny, Bd.IV, S.305f.

19) Savigny, Bd.V, S.310.

20) 12표법의 구체적인 내용은 최병조, 「12표법(대역)」, 『서울대학교 법학』 제32권 제1/2호(1991), 157~176쪽을 참조하라.

21) 기원전 2세기 중반에 도입되어 기원후 4세기 중반까지 이용된 로마의 소송형태는 방식서소송이었다. 그러니까 고전 로마법은 방식서(formula)를 사용한 소송을 전제로 하고 있다고 하겠다. 방식서에는 특별히 부가될 수 있는 부분들이 있었는데, 대표적인 것이 항변과 전가문이다. 前加文(前書, *praescriptio*)이라는 명칭은 이 부분이 청구표시의 앞에 붙어서 생긴 것인데, 그 부분에는 방식서에 의한 소송의 당연한 효력을 원고 또는 피고의 이익을 위하여 특정한 범위 내에서 배제할 것을 목적으로 하는 내용이 담겼다. 그 전가문 중에 시간의 경과와 관련된 것이 기간의 전가문(*temporis/ temporalis praescriptio*)이다. Savigny, Bd.V, S.352; Kaser, Bd.II, S.71; Max Kaser/ Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*(1996), S.582f. 그런데 피고의 이익을 위한 전가문은 항변의 방법이 발달함에 따라 사용하지 않게 되었고 결국 抗辯(*exceptio*)으로 흡수되었다. 그럼에도 불구하고 전가문을 가리켰던 *praescriptio*라는 표현은 살아남았다. K.A.D. Unterholzner, *Auführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre*, Bd.I(1828), S.12. 방식서의 구성과 구체적인 예는 최병조, 『로마법강의』(박영사, 1999), 541쪽 이하; 현승중·조규창, 앞의 책(1996), 288쪽 이하를 참조하라.

여금 장기점유의 항변으로 그 청구를 배척할 수 있도록 하는 것이다. 이 제도는 그리스에서 발달하여 속주를 거쳐 로마로 들어왔다고 한다.<sup>22)</sup> 시기상으로 기원후 3세기 말에서 4세기 초인 디오클레티아누스 때에는 로마전역에 퍼진 것으로 보인다. 그렇지만 점유자가 이 항변을 통해 소유권을 취득할 수는 없었다. 이 제도의 초창기 모습은 그저 점유자로 하여금 소유물반환청구를 하는 자를 배척할 수 있게 하는 소송상 방어방법에 불과했다. 그러다가 기원후 520년경 유스티니아누스가 장기점유의 항변을 실체법상 권리취득방식으로 전환시켜 오늘날의 취득시효제도에 이른 것이다.<sup>23)</sup> 이에 비해 소멸시효제도의 기원은 법무관법상 소권을 부여하면서 일정기간 내에 행사하도록 기한을 붙였던 데 있다고 한다. 법무관법이 구체적으로 언제부터 시작되었는지는 명확하지 않으나, 법무관직이 기원전 367년경에 창설되었으니 그 이후 언제쯤부터 일 것이다. 법무관법상 소권은 로마시민법상 소권이 인정되지 않는 경우 그 상황의 특수성에 의거해 법무관이 특별히 부여했던 소권이었던 때문에 그 소권을 부여하는 법무관이 그 행사기간을 제한하는 것의 타당성을 확보하기가 어렵지 않았다. 그리하여 법무관법상 소권을 시작으로 소권의 행사가 시간적으로 제한될 수 있다는 생각이 수 세기를 걸쳐 조금씩 확대되었다. 이러한 확대는 로마법 체계에서 로마시민법상 소권과 법무관법상 소권의 접근현상이 일어난 것과 궤를 같이 한다.<sup>24)</sup> 마침내 테오도시우스 2세 때인 기원후 5세기경에는 소권의 소멸시효에 관한 통합이 이루어져 법무관법상 소권뿐만 아니라 로마시민법상 소권도 행사기간의 제한을 받는 것으로 되었다.<sup>25)</sup> 그리고 기원후 6세기경 유스티니아누스에 의해서는 소멸시효의 중단이나 정지제도가 구체화되었다.<sup>26)</sup>

전체적으로 보면 로마법상 시효제도 중 취득시효가 소멸시효에 비해 상대적으로 더 이른 시기에 등장한 것으로 추정되며, 로마법 사료나 연구물의 양을 비교해 봐도 취득시효에 관한 것이 더 많다. 그런 까닭에 시효이론의 발전에

22) Kaser, Bd. II, S.71; Kaser/Hackl, S.489.

23) Kaser, Bd. II, S.285f.; 현승종·조규창, 앞의 책(1996), 576쪽.

24) Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts*(1856), S.40.

25) Kaser/Hackl, S.608.

26) Kaser, Bd. II, S.72.

시효취득 관련 이론의 기여가 컸다고 말할 수 있는데, 그렇지만 개중에는 오류도 포함되어 있었다. 예를 들어 취득시효의 반사적 효과로서 권리상실과 소멸시효에 의한 권리상실(또는 소멸시효의 항변에 따른 효과)의 구분이 모호한 시기가 있었다. 부동산 소유권을 점유취득하는 경우, 전소유자의 권리상실과 현 점유자의 권리취득이 동일한 시간적 경과에 의해 초래되는 것으로 볼 여지가 있기 때문이다. A가 소유권을 시효취득한 결과 B의 소유권이 '시효로 인해' 소멸당한 것으로 이해할 여지가 있는 것이다. Savigny에 의하면 이러한 잘못된 이해는 12세기 주석학과 때 시작되었다고 한다. 그렇지만 이 잘못된 이해방식은 바로 수정되지 않고 중세 교회법 쪽으로 넘어갔으나,<sup>27)</sup> 다행히 더 이상 확대되지 않았다고 한다. 중세의 교회법학자들은 주석학파에 의해 추상화된 시효개념을 별로 좋아하지 않았고,<sup>28)</sup> 그렇다고 교회법 고유의 새로운 시효이론을 수립하고자 하지도 않았기 때문이다.<sup>29)</sup> 그렇지만 이 잘못된 이해방식은 몇몇 학자를 통해 예상보다 오래, 19세기 초까지 존속되었다. Savigny에 따르면 이와 같은 취득시효의 반사적 효과와 소멸시효의 효과와의 혼동은 로마법에 기초를 둔 것이 아니라고 한다.<sup>30)</sup> 로마법에 취득시효와 소멸시효를 모두 시효라는 주제 아래 다루던 시기가 있었지만, 이는 시효라는 동일한 주제 아래 다루었다는 것이 아니라 구체적인 사례에서 취득시효와 소멸시효를 구분하지 않았다는 것이 아니기 때문이다. 하지만 필자의 생각은 다르다. 12세기 주석학자들이 한 작업이 로마법대전에 대한 철저한 분석작업이었으며, 이와 같은 잘못된 이해가 몇몇 학자에 의해서나마 19세기까지 계속되었음을 고려하면, 고전로마법 시대에 그런 식의 오류가 없었으리라는 보장은 없어 보인다.<sup>31)</sup> 더욱이 시효이론이 정립되어

27) Savigny, Bd. IV, S.309; Bd. V, S.315.

28) 교회는 교회가 가지는 권리가 시효에 걸린다는 것을 좋아하지 않았다. 그리하여 교회에 관한 특권적으로 긴 기간이 허용되었다. 기원후 528년경 유스티니아누스는 교회나 자선단체와 관련된 상속, 유증, 증여 관계 소의 시효를 100년으로 하였다. 541년경에 이르러서 40년으로 단축시키기는 하였으나, 이것도 통상의 30년보다 10년이 긴 것이었다. 즉 소수의 100년이나 40년 시효기간은 주로 교회와 관련된 특권적인 기간이었던 것이다. Savigny Bd. V, S.355f.; Kaser, Bd. II, S.288.

29) Savigny, Bd. IV, S.309f. 특히 S.315f.

30) Savigny, Bd. IV, S.316.

가던 시기는 소멸시효보다 취득시효에 중점을 두던 시대였던 만큼, 오히려 차 후에 취득시효의 반사적 효과와 소멸시효의 효과를 구분하려고 노력하는 과정에서 소멸시효에 관한 이론이 정제되었을 것이라고 추론하는 것이 더 자연스러워 보인다.

## 2) 소멸시효와 관련 있는 로마법상 제도들

### (1) 소권의 행사기간

소멸시효제도의 기원 중에 가장 직접적인 연관성을 가지는 것으로 소권(actio)에 붙어있던 행사기간을 들 수 있다. 고전로마법에서는<sup>32)</sup> 소권과 실체권이 구분되지 않았고, 대신 그 두 가지를 아우르는, 흔히 소권으로 번역되는 actio라는 개념이 있었다.<sup>33)</sup> actio를 가져야 소송을 할 수 있었는데, actio를 가진다는 것은 소송을 할 수 있는 권리를 인정받는다라는 것이었고, 그 결과 실체적 권리도 인정받는 것이었다.<sup>34)</sup> 이렇게 볼 때 로마법상 actio는 소권 개념과 실체적 권리 개념을 모두 포함하는 것이기는 하지만, 의심할 여지없이 소권 중심의 개념이었다.<sup>35)</sup>

31) Kaser, Bd. II, S.239, S.285f.

32) 고전로마법이란 원래 기원후 2세기 전후의 로마법을 말한다. 그러나 로마법대전(유스티니아누스법대전)이 6세기에 만들어졌으면서도 고전로마법 자료들을 재료를 삼았으므로 6세기 작품인 로마법대전에서 2세기 전후 고전로마법의 구체적 모습과 내용을 찾아볼 수 있다. 이후 현실적으로 사용되지 않아 사라진 것으로 여겨졌던 로마법대전이 11세기에 발견된 다음 주석학파들이 연구자료로 삼은 것도 로마법대전, 즉 고전로마법이다. 그 이후의 중세 로마법학이나 근세 로마법학에서도 주된 연구 대상은 고전로마법 또는 고전로마법에 관한 앞 시대의 연구 산물들이었다. 1900년 독일민법 시행시까지 2000년을 넘는 로마법 역사에서 그 핵심은 고전로마법이 되는 셈이다.

33) 로마법상 actio에 대해서는 호문혁, 「채권과 청구권의 관계 이론」, 『민법주해』 VIII(박영사, 1996), 36~37쪽; Jörs, Kunkel & Wenger/ Honsell, Mayer-Maly & Selb, *Römisches Recht*, 4 Aufl.(1987), S.218; Kaser, Bd.I, S.223f.; Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Bd.I(1871)/ Bd. II (1873)을 참조하라.

34) Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.I, §43, 2 Aufl.(1867), S.95f.; 5 Aufl.(1879), S.102f.; 6 Aufl.(1887), S.111f.; 9 Aufl.(1906), S.182f.; 최병조, 앞의 책(1999), 525쪽.

35) 소권보다 실체권 요소에 중점을 두게 되는 전환점 마련에는 16세기 후반의 Donellus의 공이

소권(actio)은 두 가지 통로로 획득할 수 있었는데 그 한 가지는 엄격법인 로마시민법에 의한 것이었고, 다른 한 가지는 일종의 형평법적 기능을 한 법무관법에 의한 것이었다. 로마시민법상 소권은 원칙적으로 영구히 행사할 수 있었으므로 시간의 경과에 의해 제한을 받지 않는 영구소권(actio perpetua)으로 구성되었다. 이에 비해 법무관법상 소권은 그것이 부여되는 것 자체가 개별적 상황에 의거했으므로, 그 행사기간도 개별적으로 정해지기 마련이어서 일시적소권(actio temporalis)으로 구성되었다.<sup>36)</sup> 일시적소권으로 구성된 법무관법상 소권은 대부분 1년의 행사기간을 가지는 1년 소권(actio annua)이었다.<sup>37)</sup> 왜냐하면 초창기 법무관의 재직기간이 1년이었기 때문이다. 법무관은 자신의 직권 내에서 고시(edict)를 내렸는데 그것들은 1년의 한시법(lex annua)이었다. 법무관법상 소권 또한 자신의 직권 내에서 재량으로 부여하던 것이었으므로 마찬가지로 기간을 가졌던 것으로 보인다.<sup>38)</sup> 이 때 법무관법상 소권이 가지는 1년의 행사기간은 실용기간(tempus utile, 유용기간, 유효기간)이었다.<sup>39)</sup> 실용기간은 현실적으로 권리를 행사하는 행위를 할 수 있는 날만을 계산하였으며, 현실적으로 소를 제기

---

크지만, 그 전환이 독일민법학계에서 완전히 인정받게 된 것은 19세기 후반 Windscheid에 이르러서이다. Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*(1962), S.42f.

- 36) 법무관법상 소권이 가졌던 행사기간이 엄밀한 의미에서 시효기간인지 출소기간인지는 분명하지 않다. 그러나 이 시기는 시효기간과 제척기간을 정확히 구분하던 때가 아니었다. 더욱이 actio가 소권 중심의 개념이기는 하지만 실체권적 의미도 가지고 있었으므로 소권에 붙어있던 행사기간을 소송법적 의미의 출소기간이 아닌 실체법적 의미의 시효기간으로 이해하는 데 큰 무리는 없다고 본다.
- 37) 소권을 부여하는 법무관의 고시에 “일 년 내에 행사해야만 한다(intra annum iudicium dabo)”는 표현이 붙어 있었다. Savigny, Bd.V, S.273.
- 38) 현승중·조규창, 앞의 책(1996), 101쪽.
- 39) 실용기간에 대비되는 개념이 계속기간(tempus continuum)이다. 계속기간의 경우에는 기간을 이루는 날 전부를 계산에 넣는다. 현승중, 『로마법』(일조각, 1987), 91쪽. 일반적으로 1년 정도의 짧은 기간은 실용기간이고, 그보다 긴 것은 계속기간이라고 할 수 있다. Savigny, Bd.V, S.362. 실용기간과 계속기간 사이의 구분은 6세기경인 유스티니아누스 시대에 이미 의미를 잃고 있었다. 게다가 이전에 실용기간이던 것이 이제 계속기간으로 바뀌기도 했다. 예를 들어 1년의 실용기간을 가졌던 악의의 소(doli actio)의 소권은 2년의 계속기간을 가지는 것으로 변했다(단순히 2배로 늘어난 것은 아닐까하는 논쟁의 여지가 있다). 그리고 1년의 실용기간이었던 소유물반환청구소의 소권은 4년의 계속기간으로 변했다. 실용기간과 계속기간의 자의적인 연장과 단축과 관련해서는 Savigny, Bd.IV, S.444f.를 참조하라.

할 수 있게 될 때까지 기간의 진행이 개시되지 않는 것이 원칙이었다. 그러니까 실용기간의 진행이 개시되기 위해서는 원고가 실제적으로 소를 제기하는 것을 방해당하지 아니하였어야 했는데, 이를 현재의 실체권적 시각으로 바꾸면 권리자가 실제로 그 권리를 행사할 수 있어야만 기간이 진행될 수 있었다는 것이 된다.

그런데 법무관법상 소권은 구체적인 상황에 따라 인정되었던 만큼 상황에 따라 행사기간에 차이가 있을 가능성을 내포하고 있었다. 원래는 1년 소권이 많았고, 몇 가지 5년 소권이 있었지만,<sup>40)</sup> 세월이 흐르면서 소유권과 관련하여 몇몇 특별한 대물소권의 경우에는 10년 또는 20년의 기간이 주어지기도 하였다.<sup>41)</sup> 그러다가 4세기 중반 콘스탄티누스 때에는 로마법상 기간이라는 것은 그것이 취득을 위한 것이든 소멸을 위한 것이든 별다른 기준없이 대략 30년과 40년 사이를 오락가락했다.<sup>42)</sup>

시효에 관한 법률이 통일적으로 정비된 것은 5세기경인 테오도시우스 2세 때이다. 고전기에는 원칙적으로 행사기간상 제한을 받지 않는 것으로 구성되었던 시민법상 소권도 이 시대에 이르러서는 시간적 제한을 받는 것으로 바뀌었다. 이리하여 30년의 시효기간이 로마법의 새로운 전통으로 수립되었다. 구체적으로 보면 30년의 일반시효규정에 40년의 보충시효규정이 있었으며, 그 밖에 원래부터 시간적 제한이 붙어있던 법무관법상 소권은 여전히 그 고유의 기간을 가지는 것으로 남았다.<sup>43)</sup>

## (2) 로마법상 期限(dies)

로마법에서 소권이 1년, 5년, 또는 특정의 기간 내에 행사되었어야 했던 경

40) 不倫遺言의 訴(querela inofficiosi testamenti)가 5년 소권의 한 예이다. Kaser/Hackl, S.488f. 참고로 3세기 말경인 디오클레티아누스 이후에는 소권에 붙었던 actio라는 표현이 사라지고 개별적인 소이름(예. 不倫遺言의 訴는 querela inofficiosi testamenti)이 붙었다. Kaser/Hackl, S.577.

41) Kaser/Hackl, S.489. 이 10년 또는 20년의 시효는 엄밀히 말하면 소멸시효가 아닌 취득시효와 관련된 제도들이다.

42) 여기서 30~40년은 시효가 증거제도에 기원을 두는 것과 일맥상통한다. 인간의 기억이나 인간이 소지한 증거가 증거이었는데, 30~40년은 1세대를 의미한다.

43) Kaser/Hackl, S.608.

우 그 기간은 소멸시효기간도 아니고 제척기간도 아닌, 附款으로서의 기한(dies)이었을 가능성도 있다. 부관으로서의 기한이 소권에 결부되어 소권의 기간제한(dies actiones) 기능을 했을 것이라는 해석이 있다.<sup>44)</sup>

(3) 로마법상 기억하지 못할 만큼 오래된 법상태(vetustas)의 적법성 추정  
 로마법상 기억하지 못할 만큼 오래된 법상태(vetustas/ quod memoriam excedit)는 한편으로 생존하는 사람들이 일정 기간 동안 현재의 상태가 지속되어 왔음을 기억하고 있고, 다른 한편으로 그 이전에는 현재의 상태와 달랐다는 증거가 없는 한 현재의 상태를 적법한 것으로 추정해주는 제도이다.<sup>45)</sup> vetustas를 위해 필요한 기간은 인간의 세대를 기준으로 정해졌는데 최단이 40년이었고, 교회법도 그에 따랐다. 그런데 로마법상 vetustas는 순수사법 영역에서는 적용되지 않았다. 로마법상 vetustas가 법률관계의 성립근거로 작용한 것은 공법적 영역이라고 할 3가지, 즉 共路, 빗물을 막는 보호시설, 그리고 급수시설과 관련해서이다. 공법적 영역에서 조차도 vetustas가 권리의 취득과 관계된 적극적인 역할을 맡았던 것은 아니며, 다만 현재 상태의 적법성에 대한 입증 또는 반대입증을 위해 사용되었다. vetustas에 대한 법적 평가는 나뉜다. 그 하나는 진정한 소멸시효 제도로 보는 것이고, 다른 하나는 공법상 권리의 추정제도로 보는 것이다. 첫 번째 견해는 vetustas가 소멸시효와 비슷한 기능을 했다는 것을 근거로 든다.<sup>46)</sup> 이에 비해 두 번째 견해는 vetustas는 개인의 의사만으로 권리를 취득하거나 상실할 수 없는 공법관계에서 사용된 제도라는 것을 근거로 든다.<sup>47)</sup>

44) Gustav Demelius, *Untersuchung aus dem römischen Civilrechte*, Bd.I(1856), SS.15~17, 51, 56, 59(이상태, 「제척기간의 본질에 관한 연구」, 『저스티스』 제72호(2003.4), 111쪽에서 재인용).

45) Windscheid, 9Auf1., S.580f.

46) vetustas는 인간 기억의 한계를 인정하는 것에 기반하므로 소멸시효처럼 상대적 소멸이 아니라 절대적 소멸을 가져왔다는 견해도 있다. Savigny, Bd. IV, S.521.

47) Savigny, Bd. IV, §196, S.485f., S.513f., S.529f.

### 3) 로마법상 소멸시효의 효과

#### (1) 소권의 행사 그 자체의 제한이 아니라 항변에 의한 제한

로마시민법상 소권은 본래 시간의 경과에 의해 취득되거나 상실되는 것이 아니었다. 이러한 기본적 사고는 1년의 행사기간을 갖는 법무관법상 소권에도 마찬가지로 적용되었다. 1년이 지나서도 소권을 행사할 수는 있었으니, 엄밀히 말하자면 소권의 행사자체를 시간적으로 제한한 것은 아니었다. 하지만 지체된 소권의 행사는 상대방의 항변을 불러 오기 때문에 권리자 입장에서 보면 소권의 행사를 제한받는 것이나 마찬가지였다.<sup>48)</sup>

#### (2) 시효의 항변과 자연채무 문제

그런데 시간이 지나 로마시민법이 만민법의 영향을 받으면서부터는, 항변의 대항을 받아 사실상 행사할 수 없게 된 소권을 쓸모없는 소권(verlorene actio)으로 인식하게 되었다. 소권이 쓸모없게 되었다는(verlorenes Klagerecht) 것은 사실상 소권을 잃었다는(Klagerecht verloren) 것을 의미했다.<sup>49)</sup> 그러자 사실상 소권을 잃은 상태에 대한 정확한 규명이 필요해졌다. 이 시대가 소권(actio)을 절차적 권리인 소권(Klagerecht)과 실체적 권리인 권리자체로 엄격히 구분하였던 것은 아니지만 적어도 이 두 가지 속성을 인식하고 있었기 때문이다. 따라서 시효가 완성되어 소권을 잃는다는 것이 권리자체는 존속하되 소권을 사실상 행사할 수 없다는 의미에서 소권만 잃는다는 것인지(약한 효과) 아니면 권리자체가 소멸하고 이에 따라 소권도 더 이상 존재하지 않게 된다는 것인지(강한 효과)가 문제의 핵심으로 되었다. 그리고 이는 다시 권리자가 소권만 잃는다고 할 때 여전히 가지게 되는 권리자체는 무엇인지의 문제로 이어졌다. 이 문제를 이해하는데 유용한 것이 로마법상 소권(actio) 개념의 환기이다. 로마법상 소권(actio)은 소권(Klagerecht)과 실체권(권리자체)을 아우르는 개념이다. 권리자체는 남아있되 소권(Klagerecht)만 잃는 경우 엄밀히 말해 소권(actio)을 잃었다고 할

48) Savigny, Bd.IV, S.313.

49) Windscheid, *ibid*(1856), S.44.



수 없다. 그러나 소권(Klagenrecht) 없는 소권(actio)은 쓸모가 없는 것이 일반적이었다. 그럼에도 불구하고 소권(Klagenrecht) 없이 남겨진 권리자체 부분에 대한 설명이 필요했고, 여기에 동원된 것이 로마법상 자연채무(naturalis obligatio) 개념이다.

로마법상 소권(actio)은 채권(채무 obligatio)과 연결되었다. 권리가 소를 통해 원하는 바는 궁극적으로 상대방에게 무엇인가를 요구(청구)하는 것이기 때문이었다.<sup>50)</sup> 그리하여 채권(채무 obligatio)은 소권의 요소(mater actionis, materia actionis) 또는 소권과 동일한 권리(idem ius)로 인식되었다.<sup>51)</sup> 이에 비해 자연채무(naturalis obligatio)란 채권자에게 소권이 주어지지 않는 채무, 그러니까 법질서에 의해 채무의 변제를 강제할 수 없는 채무를 의미했다.<sup>52)</sup> 그런데 로마법에서 채무(채권)는 다음의 3가지 형태로 약화되었다: 첫째는 이행, 혼동 등에 의해 당연히 소멸하는 것이다. 두 번째는 항변(예. 약속의 항변, 선서의 항변)에 의해 약화되어 자연채무를 남기지 않는 것이다.<sup>53)</sup> 세 번째는 항변(예. 기판력의 항변)에 의해 약화되지만 자연채무를 남기는 것이다. 시효의 항변이 바로 이 세 번째에 속하는가 여부, 그리고 이 세 번째에 속한다고 하더라도 채무가 자연채무로 남는다는 것이 무슨 의미인가와 관련하여 학설의 대립이 있었다. 시효가 완성되어 소권을 잃었다(actio, verloren)고 해도 그것은 권리가 더 이상 소를 통해 그 권리를 실현하지 못한다는 의미이지, 소권(actio)의 바탕에 놓여있는 권리가 소멸한다는 의미는 아니며, 따라서 채무는 이제 자연채무로 변해 남는다고 보는 것이 그 한 입장이다. 이에 비해, 시효가 완성되면 더 이상 소를 통해 권리를 실현할 수 없도록 하니까 채권(채무)이 소멸되는 것(obligatio, aufgehoben)으로 보아야 한다는 것이 다른 한 입장이다. 후자의 주장에 따르면, 설령 채무

50) Windscheid, *ibid*(1856), S.41. 로마법상 채무는 채무자가 무엇을 이행해야 하는가가 아니라 채권자가 무엇을 청구할 수 있는가의 문제이고, 따라서 채무와 관련된 기간 제한은 채무자의 이행이 아닌 채권자의 청구와 관련되어 있다고 한다. Vangerow, *AcP* 33, SS.298-302(Windscheid, *ibid*(1856), S.45에서 재인용).

51) Maximiliane Kriechbaum, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13 und 14 Jahrhunderts*(1996), S.198, S.202.

52) Savigny, *Bd.V*, S.378.

53) 이 경우에 자연채무를 남기지 않는다는 것에 대해서는 반론이 있다. Savigny, *Bd.V*, S.366f.

대신 자연채무가 존속한다고 해도, 자연채무는 로마시민법상 채무(civile Obligation)가 아니라 자연적 법감정에서 인정되는 채무(naturalis obligatio)이므로 실정법적으로 그 인정가치가 없다는 것이다.<sup>54)</sup> 그러나 권리 불소멸의 전통을 지키기를 원하는 입장이 강했다. 결국 시효는 권리를 소멸시키는 강한 효과를 가지지 못하고, 권리는 있으나 소권이 없는 그러한 권리를 기각시키는 약한 효과만을 가지게 되었다.<sup>55)</sup>

## 2. 중세법상 시효

### 1) 중세법상 시효—독일을 중심으로

기원후 476년에 서로마제국이 멸망한 후 그 지역을 지배하게 된 게르만민족이 가졌던 법은 속인법이어서 로마유민에게 적용할 수가 없었다. 그래서 로마유민에게 적용할 법이 필요했는데 테오드리히 고시법, 서고트 법전, 부르군드 법전 등이 그것이다. 유스티니아누스 직전 시대인 6세기 초의 이 법들에서 이 시대에 독특한 시효제도를 찾아볼 수는 없다. 그나마 공통적인 것은 이 법들이 로마법처럼 30년의 시효를 언급하고 있다는 사실이다. 그렇다고 이 법들이 유사한 시효제도를 가졌던 것은 아니다. 이 법들은 시효가 문제되는 경우마다 개별적으로 규정을 두는 방식을 취했는데 이전에 로마법이 그랬듯이 30년인 경우가 많았다는 의미이다. 그러나 초기 중세의 법이라 하더라도 로마법의 영향을 별로 받지 않고 게르만민족에게 적용되었던 살리카 법전이나 리부아리아 법전은 30년의 시효를 전혀 몰랐다.<sup>56)</sup>

세월이 흘러 게르만 지역 내에 살던 로마유민이 게르만 민족이 세운 프랑크 왕국에 흡수되어 더 이상 로마유민이라는 의식이 존재하지 않게 된 이후로는 게르만 법자료들에서 로마법상 시효의 흔적을 찾기는 어렵다. 설령 30년의 기

54) Windscheid, *ibid*(1856), S.41.

55) Savigny, *Bd. V*, S.366f.; Kaser, *Bd. I*, S.480f.; *Bd. II*, S.335.

56) Unterholzner, S.68f., S.96.

간규정이나 관습이 있더라도 그것은 게르만법상의 시간관련 제도이지 로마법상의 시효제도라고 여기지는 않았을 것이다. 그런 맥락에서 볼 때 중기 중세 이후, 특히 14세기 경 독일 법서에 1년 1일의 기간규정이 자주 등장한다는 사실에 주목할 필요가 있다.<sup>57)</sup> 왜냐하면 게르만 교유의 시효제도는 발달하지 않았다는 것이 이제까지의 통설인데,<sup>58)</sup> 이 1년 1일의 기간규정이 그 당시 보편적인 시효기간이었을 가능성이 크기 때문이다.<sup>59)</sup> 실제로 이 기간규정은 주로 소유권과 관련되어 있기는 하지만, 채무자보호나 이자제한을 위해서도 사용되었던 것으로 보인다.<sup>60)</sup> 하지만 독일에 로마법의 계수가 이루어지면서부터 이 게르만 교유의 기간규정은 없어지고 로마법상 시효가 다시 등장했다.<sup>61)</sup>

## 2) 시효에 관한 중세 교회법의 태도

중세에 로마법이 재등장하고 나서 로마법상 시효개념이 게르만 국가들을 휩쓸었지만, 교회법학자들은 로마법학자들 특히 주석학파에 의해 추상화된 시효개념을 별로 좋아하지 않았다. 특히 교회의 권리도 시효에 걸릴 수 있다는 생각을 싫어했다. 그렇다고 교회법 교유의 새로운 시효이론을 수립하고자 하지도 않았다.<sup>62)</sup> 교회법학자들은 교회의 권리에 관한 한 특권적으로 긴 시효기간을 인정하는 것으로 만족했다. 결과적으로 시효에 관한 중세의 교회법의 태도는 대체로 로마법과 비슷했다. 특이할 만한 사항으로, 취득시효는 그 반사적 효과로 인해 타인의 권리를 소멸시킬 수도 있기 때문에 시효의 요건으로 점유의 정

57) 여기서 1년 1일(Jahr und Tag)은 반드시 366일만을 의미하는 것은 아니다. 현승중·조규창, 『게르만법』 제3판(박영사, 2001), 208쪽.

58) 현승중·조규창, 앞의 책(2001), 212쪽

59) Unterholzner, S.75f., S.88, S.89.

60) Unterholzner, S.72f. Unterholzner는 이 물건의 점유취득과 관련하여 적용된 사례가 많은 것을 1년 1일에 의한 자유신분 획득과 연결짓고 있다. 자유신분 획득은 자유 뿐만 아니라 자유민으로서 살 재산까지 필요로 했기 때문에 물건의 점유취득에도 1년 1일이 적용되었을 것이라 짐작된다.

61) Unterholzner, S.90f.

62) Savigny, Bd.IV, S.309f. 특히 S.315f.

직성(Redlichkeit)같은 윤리적 요소를 강화시킨 점을 들 수 있다.<sup>63)</sup>

### 3) 소멸시효와 관련 있는 게르만법상 제도들

#### (1) 게르만법상 이의권의 불행사(침묵 Verschweigung)로 인한 권리상실

게르만법에는 시간의 경과로 권리의 취득이나 상실을 가져오는 시효제도가 발달하지 않았다고 한다. 그러나 시간의 경과가 권리의 상태에 영향을 미치는 제도가 전혀 존재하지 않았던 것은 아니니, 그 예로 이의권의 불행사에 의한 권리상실제도를 들 수 있다. 게르만법상 이의권의 불행사 제도는 원래 상대방으로 하여금 적극적으로 권리를 취득할 수 있게 하려는 것이 아니라, 권리자가 일정 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 그 기간 이후로는 이의를 제기할 수 없도록 하는 것이었다. 그러나 권리자가 이의권을 상실함으로써 소송상 구제방법도 상실하고, 그 결과 사실상 권리자로 하여금 권리를 상실하게 하고, 상대방으로 하여금 권리를 취득하게 하는 것과 마찬가지로의 효과를 가져왔다.<sup>64)</sup> 이 제도는 시간의 경과가 권리자의 권리상실을 정당화한다는 점에서 소멸시효제도와 비슷하다. 그러나 권리자가 자신의 권리를 의식하면서도 행사하지 않음을 요건으로 했다는 점에서 소멸시효와 구분되었다.<sup>65)</sup> 게르만시대에 시작된 이 제도는<sup>66)</sup> 로마법 계수 후에도 어느 정도 계속 적용되었다. 이 제도는 16세기 이후에 이루어진 독일 법원 공시절차 제도의 발달과 연결되기도 하였다. 그러나 이 제도 자체는 로마법 계수의 결과로서 로마법에 기원을 둔 소멸시효제도가 정비되면서 그에 흡수되어 사라졌다.<sup>67)</sup>

63) Unterholzner, S.67.

64) 이의권의 불행사란 권리자가 자신의 권리에 대한 상대방의 침해를 이의없이 수인함을 의미한다. 그러므로 실제로는 권리자가 권리를 상실하는 모습이라기보다 그 상대방이 권리를 취득하는 모습으로 나타났다. 현승중·조규창, 앞의 책(2001), 209쪽 이하.

65) Mathias Schmoeckel et al., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I (2003), §§194-225(Hans-Georg Hermann), Rn.9.

66) 게르만법사에서 게르만시대는 서게르만이 역사에 등장하여 로마제국 영토 위에 부족국가를 건설한 시기로 대략 기원전 1세기에서 기원후 5세기까지이다. 게르만법사의 시대구분은 현승중·조규창, 앞의 책(2001), 6쪽 이하를 참조하라.

## (2) 게르만법상 기억하지 못할 만큼 오래된 법상태(Unverdenklichkeit)의 적법성 추정

기억하지 못할 만큼 오래된 법상태의 적법성 추정 제도는 현재상태가 언제 어떠한 법률관계에 의해 이루어졌는지 기억할 수 없을 정도로 오래된 경우 이를 적법한 것으로 다루려는 것으로 게르만법상으로는 중세 게르만 시대에 확립되었다고 한다. 중세 게르만 사회에서 기억하지 못할 만큼 오랜 기간이라는 것은 대략 40년 정도를 의미했다. 40년간 문제의 법상태가 존속했다는 사실 그리고 그 동안 아무런 변동 없이 그 상태가 지속되었다는 사실에 대한 증인의 기억 또는 증서를 통해 권리가 추정되었다. 그러니까 이 제도는 게르만법상 이의권 불행사 제도와는 달리 권리상실(또는 권리취득)이라는 법적효과를 갖는 것이 아니라, 권리의 적법성을 추정해 주어 입증책임을 완화시키는 정도의 역할을 했다. 이 제도와 비슷한 제도는 로마법에도 있었는데, 로마법상의 것은 공법영역에서만 인정되었던 것에 비해 게르만법상의 것은 사법영역에서도 인정되었다는 점에서 차이가 난다.<sup>67)</sup>

## 3. 판덠티텐 법학과 1900년 독일민법상 소멸시효

### 1) 1828년 Unterholzner의 소멸시효론

독일 판덠티텐 법학기에는 로마법 전통에 따라 소권의 시효를 논했다. 판덠티텐 법학자들 중에서 시효와 관련하여 가장 먼저 큰 영향을 미친 학자는 K.A.D. Unterholzner이다. 1828년에 나온 2권으로 된 1000페이지 분량의 *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre*는 소멸시효의 일반원칙을 정립하려는 것보다, 소멸시효의 경우들을 역사적 자료들을 바탕으로 구체적으로 설명하는데 목적을 두고 있으며, 이후 시효관련 기본서로 쓰였다.<sup>68)</sup> 소멸시효의 효과와

67) 현승중·조규창, 앞의 책(2001), 210쪽 이하.

68) 하지만 게르만법상으로도 공법영역에서 중요한 의미를 가졌다. 현승중·조규창, 앞의 책(2001), 211쪽 이하.

관련해서는 이 시대에도 여전히 소멸시효가 권리자체를 소멸시키는가, 아니면 청구할 권리(소권)<sup>70)</sup>만을 상실시키는가의 논의가 계속되고 있다. 여기서 Unterholzner는 소멸시효 효과의 3분을 시도했는데, 주어진 권리를 행사하지 않아 순수하게 그 권리를 박탈당하는(entziehende) 것, 자신에게 주어졌던 부담이나 책임에서 벗어나는(befreiende) 것, 상황을 고정시킴에 따라(befestigende) 법적구제 수단이나 청구할 권리를 잃는 것 등이 그것이다. 그러나 Unterholzner의 이와 같은 구분도 결과적으로는 소멸시효로 인해 권리자체가 소멸하는 구성과 청구할 권리(소권)를 상실시키는 구성 사이에서 크게 벗어나지 못하고 있음을 보여줄 뿐이다.

## 2) 19세기 후반에서부터 1900년 독일민법까지

19세기 후반에 이르러 Windscheid의 주장인 소권과 실체권의 분리가 독일 법 조계에서 인정을 받으면서 소권의 시효 문제는 이제 청구권의 시효 문제로 바뀌었다.<sup>71)</sup> 즉 이전에는 소권의 시효가 주체였다면, 이제는 청구권의 소멸시효가 주체로 되었다. 30년의 일반소멸시효 이외에 다양한 역사적 배경에 기인하는 특별소멸시효들이 존재했는데, 이 시대에도 논의의 핵심은 시효의 효과를 어떻게 구성할 것인가였다. 청구권의 시효가 완성되면 청구권이 소멸한다는 것이 절대설이다. 이는 청구권 개념을 확립시킨 Windscheid의 견해였다. 이에 비해 청구권의 시효가 완성되어도 청구권자체가 소멸하는 것이 아니어서 채권자는 재판상 청구할 수 있으나, 그렇더라도 채무자가 시효의 항변을 제출하면 채권자의 청구가 기각될 터이니 사실상 재판상 청구할 수 없는 것과 마찬가지로, 결국 채무는 자연채무로 남는다는 것이 상대설이다. 이 상대설은 Savigny,

69) Unterholzner의 저서 제1권 13면에서 26면까지는 로마법과 교회법상 원자료들부터 시작하여 자신의 저서 이전의 시효관련 저서들을 꼼꼼히 나열하고 있다. Unterholzner의 저서는 제목과는 달리 취득시효와 소멸시효 모두를 서술 대상으로 하고 있다.

70) Unterholzner의 위 저서가 쓰인 때는 아직 Windscheid의 청구권 개념이 확립된 때가 아니며, 여기서 Anspruch는 재판상 청구할 수 있는 권리 즉 소권의 의미이다.

71) HKK-BGB / Hermann, §§194~225, Rn.8.

Puchta 등의 견해였다. 결국 이전의 시효의 효과에 관한 논의에서 크게 달라진 것이 없다. 소권이라는 용어가 청구권으로 대체되었을 뿐이라고 말할 수도 있다. 그렇지만 독일민법전 제정을 앞두고는 대립되는 두 견해 중에서 하나를 선택하여야만 했다. 독일민법 제1초안은 절대설을 택했다. 그러나 1900년의 독일민법은 중국적으로 상대설을 택했다. 그리하여 독일민법상으로는 청구권의 시효가 완성되어도 청구권은 소멸하지 않는 것으로 확정되었다.

### 3) 소멸시효기간과 제척기간 개념의 분화

소멸시효와 유사한 제도로 제척기간제도가 있다. 제척기간은 일정한 권리를 일정한 기간 내에 행사하도록 하고, 권리를 행사하지 않은 채 그 기간이 경과하면 모든 사람에 대한 관계에서 그 권리를 소멸시킴으로써 법률관계를 안정시키는 제도이다.<sup>72)</sup> 소멸시효와 제척기간은 시간의 경과를 원인으로 하여 권리의 실현을 막는 역할을 한다는 점에서 공통적이다. 소멸시효와 제척기간이 준별된 것은 1880년에 나온 Alexander Grawein의 *Verjährung und gesetzliche Befristung*에 의해서이다. 그 이전의 저서들이 주로 시효를 논하면서 시효와 구분되는 제도로 제척기간을 언급하고 지나갔던 것에 비해,<sup>73)</sup> Grawein의 저서는 시효와 제척기간의 구분 기준을 구체적으로 제시하고 있다. 그의 구분에 따르면 소멸시효에 걸리는 권리는 원래 불특정기간 동안 또는 영구히 행사될 수 있는 권리로 발생하였지만, 권리를 소멸시키는 원인 중의 하나인 일정 기간의 경과에 의해 소멸하게 된다고 한다.<sup>74)</sup> 이에 비하여 제척기간이 붙은 권리는 처음부터 제한

72) 판윤직, 319쪽; 김상용 외 공저, 405쪽; 백태승, 556쪽; 이영준, 674쪽; 이은영, 782쪽.

73) 시효에 관한 기본서로 소개한 Unterholzner의 1828년 저서는 시간의 요소는 가지지만 시효개념에서 제외할 것들을 설명하는 것으로 시작하는데 관습법, 실효, 법원에 의해 정해진 제한기간, 당사자가 계약으로 정한 시간적 요소 등이 그것이다. 그렇지만 Unterholzner가 오늘날의 제척기간을 의식하면서도 제대로 규명하지 않았음은 저서의 방대함에 비하면 상당한 아쉬움을 남긴다.

74) Alexander Grawein, *Verjährung und gesetzliche Befristung*(1880). Grawein의 견해는 Karl Spiro, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs-, und Fatalefristen*, Bd.2(1975), S.939f.; 이상태, 110쪽 이하; 半田吉信, 「時效期間と除斥期間の分化過程」, 『法律時報』 제55권 제3호

적인 행사기간이 붙은 권리로 발생하였고, 그 행사기간의 종료와 동시에 그 권리가 당연히 소멸한다고 한다. 이와 같은 Grawein의 연구를 바탕으로 독일의 법학자들은 지금과 같이 소멸시효기간과 제척기간의 구분을 발전시켰다.<sup>75)</sup> 그리하여 1900년 독일민법은 소멸시효에 걸릴 수 있는 권리로 청구권을 규정했다. 이에 비해 명문의 규정은 없지만, 제척기간을 가지는 대표적인 권리로 형성권이 거론되었다.<sup>76)</sup> 흥미로운 사실은 20세기 후반들어 소멸시효제도와 제척기간제도의 엄격한 구분에 대해 이의가 제기되고 있다는 점이다. 한 예로 독일의 학계는 소멸시효법에 기인하는 몇몇 정지규정과 중단규정들이 유추적용되는 혼합제척기간 개념을 인정하고 있다.<sup>77)</sup>

#### 4. 2002년 독일개정민법상 소멸시효

종래 독일민법은 청구권이 성립한 때로부터 30년이 경과하면 청구권의 소멸시효가 완성된다고 하는 일반소멸시효규정을 가지고 있었다. 그러는 한편 역사적 발전과정의 결과물로서 민법을 포함한 80여개 법에 130여개의 소멸시효 관련 규정들을 가지고 있었다. 그 기간은 6주에서 30년까지 다양했다. 그 결과 독일의 소멸시효는 내적 체계를 결여했고, 불필요한 혼란은 가중되었다.<sup>78)</sup> 이러한 사정과 1999년에 나온 유럽연합의 입법지침으로 인해 독일은 채권법개정계획에 맞추어 소멸시효법의 전면개정을 시도했다. 그 결과가 2002년부터 시행된

(1983), 18쪽 이하에서 재인용하였다.

75) 소멸시효기간과 제척기간의 구분에 대해서는 이상태, 112쪽 이하와, 半田吉信, 19쪽에서 재인용하고 있는 Grawein의 견해를 참조하라.

76) 여기서 주목해야 할 점은, 제척기간을 가지는 대표적인 권리가 바로 형성권이지만, Grawein 등에 의해 제척기간 개념이 정립되던 1870~80년대는 형성권 개념을 잘 알지 못하던 시기라는 사실이다. 형성권 개념은 1903년에 정립되었으며, 형성권 개념의 前史를 훑어간다고 해도 19세기 중반 이전으로 올라가기는 힘들다. 결국 이 시대의 법률가들은, 형성권 개념 없이도, 그 성질상 제척기간이 붙어야 하는 부류의 권리가 있음을 알고 있었던 것이다. 형성권과 제척기간의 관계에 대해서는 김영희, 「형성권 논의의 의미」, 『비교사법』 제11권 제4호(上)(2004), 16쪽 이하를 참조하라.

77) Gerhard Jooss, *Gestaltungshindernisse und Gestaltungsrechte*(1967), S.48; Spiro, S.939f.

78) 신유철, 「독일 개정민법상의 소멸시효」, 『독일채권법의 현대화』(법문사, 2003), 181쪽 이하.



독일민법이다. 독일의 개정민법은 일반소멸시효기간을 30년에서 3년으로 단축시켰다. 이 혁신적인 기간단축은 개정된 독일 소멸시효법이 객관적 기준과 주관적 기준을 혼합한 체계를 가진다는 특성에 맞추어 이해되어야 한다. 새로 개정된 독일민법상 일반소멸시효는 청구권이 성립하고(객관적), 또 채권자가 청구권의 기초가 되는 상황과 채무자의 신원을 알았거나 중대한 과실없이 알았어야 했던 年度末부터 진행한다(주관적). 하지만 이 주관적 요건에 의해 또는 당사자의 소멸시효 관련 약정에 의해, 일반소멸시효를 3년으로 단축시킨 취지가 무색해지는 것을 막기 위해 독일민법은 다시 최장소멸시효기간으로 30년을 규정하고 있는 것이다(객관적).<sup>79)</sup> 한편 소멸시효의 효과에 관한 한, 독일민법은 소멸시효법의 대개정에도 불구하고, 소멸시효의 항변을 통해 급부를 거절할 수 있도록 하는 기존의 체계를 고수하고 있다.

#### IV. 결론

우리민법 제정 과정을 보여주는 자료들을 보면 우리민법상 소멸시효제도는 독일식 시스템을 염두에 두고 있음이 확연히 드러난다.<sup>80)</sup> 문제는 우리민법 제 162조가 소멸시효의 효과로서 소멸시효가 완성된다고 하고 있을 뿐, 독일처럼 급부거절의 항변권의 발생을 구체적으로 규정하고 있는 것이 아니라는 데서 발생했다.<sup>81)</sup> 그리고 이 차이를 설명하기 위해 많은 논의가 행해졌다. 크게 보면 우리나라에서 행해진 소멸시효의 효과와 관련된 논의는 독일민법이 제정되기 이전에 독일에서 소멸시효가 완성되면 권리자채가 소멸하는가 아니면 권리자

79) 개정된 독일민법규정은 양창수 역, 『2002년판 독일민법전 총칙 채권 물권』(박영사, 2002)을 참조하라. 개정된 독일 소멸시효법의 구체적 내용은 Heinz-Peter Mansel, "Die Neuregelung des Verjährungsrechts", *NJW*(2002), S.90f.; 이상영, 「독일 개정민법상 소멸시효제도」, 『비교사법』 제9권 제2호(2002), 1쪽 이하; 임건면, 「소멸시효제도의 목적과 개정 독일민법상의 통상의 소멸시효」, 『비교사법』 제9권 제2호(2002), 36쪽 이하를 참조하라.

80) 민의원 법제사법위원회 민법안심소의위원회, 『민법안심의록』 상권(총칙 물권 채권편) (1957), 103쪽; 민사법연구회, 『민법안심의견서』(일조각, 1957), 58쪽.

81) 김기선, 「시효제도의 검토」, 『재산법연구』 제1권 제1호(1984), 8쪽.

체는 존재하지만 사실상 그 권리를 행사할 수 없는 상태로 되는가를 놓고 벌였던 논의와 비슷한 맥락을 가진다.<sup>82)</sup> 이 글에서 살펴본 바와 같이, 독일의 소멸시효제도는 권리자체를 소멸시키려는 것이 아니다. 따라서 법논리의 치밀성이라는 면에서 우리민법의 모델이 되었던 법이 취했던 상대적소멸설이 상당한 설득력을 가질 수밖에 없다. 하지만 민법안심의록은 우리민법의 입법자가 절대적소멸설을 염두에 두고 있다고 밝히고 있다.<sup>83)</sup> 그러나 모델법과 다른 입법적 해결을 시도하는 순간, 법조문들의 상호연계성상 우리민법 어디엔가 모델법이 전제로 하는 상대적소멸설의 편린이<sup>84)</sup> 포함되어 있을 수 있다는 위험성을 내포하게 되었다. 조금 더 심오한 논의와 한층 더 철저한 입법작업이 아쉬웠던 대목이다. 한편 현재 나와 있는 우리민법 개정안은 이 문제와 관련된 조항들을 개정 대상으로 삼고 있지 않다.<sup>85)</sup>

82) 우리 민법학상 절대적소멸설과 상대적소멸설에 관해서는곽윤직, 339쪽 이하; 김상용 외 공저, 427쪽 이하; 백태승, 579쪽 이하; 이영준, 710쪽 이하; 이은영, 774쪽 이하를 참조하라.

83) 민법안심의록, 103쪽.

84) 예를 들어 소멸시효이익의 포기에 관한 우리민법 제184조가 그러하다. 이에 대해서는 양창수, 「민법안에 대한 국회의 심의(II)」, 『민법연구』 제3권(박영사, 1995), 65쪽; 서봉석, 「소멸시효의 본질과 민법체계상의 부조화에 대한 고찰」, 『사법행정』 제43권 제6호(2002), 5쪽 이하를 참조하라.

85) 개정필요성이 있는가와 관련하여 김학동, 「소멸시효에 관한 입법론적 고찰」, 『민사법학』 제11/12호(1995), 61쪽 이하; 윤진수, 「민법 중 법인, 물건 및 소멸시효, 취득시효에 관한 개정예비안」, 『민사법학』 제19호(2001), 48쪽 이하를 참조하라.

## ■ 참고문헌

### 1. 국내 문헌

- 곽윤직, 『민법총칙』 제7판, 박영사, 2002.
- 김기선, 「시효제도의 검토」, 『재산법연구』 제1권 제1호, 1984, 7~18쪽.
- 김상용 외 공저, 『민법총칙』, 법원사, 2004.
- 김영희, 「형성권 논의의 의미」, 『비교사법』 제11권 제4호(上), 2004, 1~37쪽.
- 김증한, 「소멸시효론」, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 1967.
- 김학동, 「소멸시효에 관한 입법론적 고찰」, 『민사법학』 제11/12호, 1995, 61~80쪽.
- 민사법연구회, 『민법안의견서』, 일조각, 1957.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심소의위원회, 『민법안심의록』 상권(총칙 물권 채권 편), 1957.
- 백태승, 『민법총칙』 개정판, 법문사, 2004.
- 서봉석, 「소멸시효의 본질과 민법체계상의 부조화에 대한 고찰」, 『사법행정』 제43권 제6호, 2002, 5~17쪽.
- 신유철, 「독일 개정민법상의 소멸시효」, 『독일채권법의 현대화』, 법문사, 2003, 181~220쪽.
- 양창수 역, 『2002년판 독일민법전 총칙 채권 물권』, 박영사, 2002.
- 양창수, 「민법안에 대한 국회의 심의(II)」, 『민법연구』 제3권, 박영사, 1995, 33~115쪽.
- \_\_\_\_\_, 「“유럽계약법원칙”의 소멸시효규정—우리 민법에의 시사를 덧붙여—」, 『서울대학교 법학』 제44권 제4호, 2003, 114~140쪽.
- 윤진수, 「소멸시효 전문」, 『민법주해』 III, 박영사, 1996, 386~413쪽.
- \_\_\_\_\_, 「민법 중 법인, 물건 및 소멸시효, 취득시효에 관한 개정예비안」, 『민사법학』 제19호, 2001, 39~57쪽.
- 이상영, 「독일 개정민법상 소멸시효제도」, 『비교사법』 제9권 제2호, 2002, 1~37쪽.
- 이상태, 「제척기간의 본질에 관한 연구」, 『저스티스』 제72호, 2003.4, 107~137쪽.
- 이영준, 『한국민법론 총칙편』, 박영사, 2003.
- 이은영, 『민법총칙』 제3판, 박영사, 2004.

- 임건면, 「소멸시효제도의 목적과 개정 독일민법상의 통상의 소멸시효—독일민법 제 195조와 제199조를 중심으로—」, 『비교사법』 제9권 제2호, 2002, 39~69쪽.
- 최병조, 「12표법 (대역)」, 『서울대학교 법학』 제32권 제1/2호, 1991, 157~176쪽.
- \_\_\_\_\_, 『로마법강의』, 박영사, 1999.
- 현승중, 『로마법』, 일조각, 1987.
- 현승중·조규창, 『게르만법』 제3판, 박영사, 2001.
- \_\_\_\_\_, 『로마법』, 법문사, 1996.
- 호문혁, 「채권과 청구권의 관계 이론」, 『민법주해』 VIII, 박영사, 1996, 35~55쪽.

## 2. 국외 문헌

- Bekker, Ernst Immanuel, System des heutigen Privatrechts, Bd. I/Bd. II, 1886/1889.
- Coing, Helmut, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962.
- Jooss, Gerhard, Gestaltungshindernisse und Gestaltungsrechte, 1967.
- Jörs, Kunkel & Wenger/ Honsell, Mayer-Maly & Selb, Römisches Recht, 4 Aufl., 1987.
- Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, 2 Aufl., Bd. I/Bd. II, 1971/1975.
- Kaser, Max/ Hackl, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, 2 Aufl., 1996.
- Kriechbaum, Maximiliane, Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13 und 14 Jahrhunderts, 1996.
- Mansel, Heinz-Peter, “Die Neuregelung des Verjährungsrechts”, NJW, 2002, SS.89-99.
- Mugdan, Benno, Die Gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1979(1899).
- von Savigny, Friedrich Carl, System des Heutigen Römischen Rechts, 1840~1849.
- Schmoeckel, Mathias, et al., Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.I, 2003.
- Seidl, Erwin, “Die Verjährung als sozialer Behelf im Rechtsbuch von Hermopolis”, SZ 91, 1974, SS.360-363.
- Spiro, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs-, und Fatalefristen, 2 Bde., 1975.
- Unterholzner, K.A.D., Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, Bd. I, 1828.

Windscheid, Bernhard, Die Actio des römischen Civilrechts, 1856.

\_\_\_\_\_, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.I, 2 Aufl., 1867; 5 Aufl., 1879; 6 Aufl., 1887.

Windscheid, Bernhard/ Kipp, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.I, 9 Aufl., 1906 [Windscheid, 9 Aufl.로 인용하기도 함]

半田吉信, 「時效期間と除斥期間の分化過程」, 『法律時報』 제55권 제3호, 1983, 14~20쪽.

## A Study on Extinctive Prescription from a Historical Point of View

Kim, Young-Hee\*

Time has great influence on one's legal status. It sometimes gives a person a right, and sometimes takes it back. Under the Roman law tradition, many European civil laws have provisions which regulate the periods of prescription. According to the laws, some rights are subject to prescription by the expiry of a period of time. It is called the extinctive prescription. After the expiry of the period of prescription, the debtor's duty continues its existence, but the debtor is entitled to refuse performance. It is the general effect of the extinctive prescription under the Roman civil law, and the present German civil law has kept the tradition. Some present civil laws, however, regulate differently. In these cases, the debtor's duty ceases to exist as the effect of the prescription.

When Korean legislators made their civil law, they modeled much of them after German civil law. As far as the extinctive prescription is concerned, there is difference between the two. As abovementioned, under German civil law, the debtor's duty continues its existence even if the period had expired. Korean civil law actually keeps silence about the general effect of the prescription. In the mean time, the Korean court and law scholars say that the debtor's duty ceases to exist as the effect of the prescription. If then, Korean civil law should establish its own theoretical consolidation and not have a relish of German civil law.

[**Key Words**] prescription, extinctive prescription, Verjährung

---

\* Assistant Professor, College of Law, Yonsei University